SEÑOR PRESIDENTE.- Está abierto el acto.

(Es la hora 10 y 03 minutos)

Damos la bienvenida a la doctora Carozzi, quien ha elaborado un texto sustitutivo para este proyecto de ley, por lo que le cedemos el uso de la palabra para que realice el fundamento de los distintos artículos.

SEÑORA CAROZZI.- El texto sustitutivo que he redactado responde a la solicitud que los señores Senadores me formularon en la sesión celebrada el día 22 de mayo. Más allá de alguna modificación concreta, me interesa señalar que hay tres aspectos que, necesariamente, deben estar organizados en forma coherente, pues si perdemos de vista que forman parte de una misma unidad conceptual, se puede incurrir en contradicciones que, a mi juicio, serían insalvables. Los tres aspectos a los que me refiero son: en primer lugar, qué efecto se le va a dar al fideicomiso según los tipos, distinguiendo o no según los casos; en segundo término, cuál es el objeto sobre el que el fideicomiso puede recaer y, por último, el tema de la responsabilidad del fiduciario.

En el proyecto de ley que se me había entregado, se proponía en todos los casos un fideicomiso de eficacia obligacional, cualquiera fuera el origen, es decir, tanto por acto entre vivos o por testamento. Reitero que siempre tenía eficacia obligacional.

En lo que tiene que ver con el objeto, se preveía sin distinguir si era fideicomiso por acto entre vivos o testamentario, y podía recaer sobre bienes concretos, sobre el patrimonio global del fideicomitente o sobre una cuota parte de ese patrimonio.

En lo que refiere a la responsabilidad, es decir, a si los acreedores hereditarios, en caso de compromiso testamentario, iban a poder perseguir o no los bienes fideicomitidos, se proponía que no lo pudieran hacer.

Considero que estos tres aspectos tienen que estar coordinados por la siguiente razón. Si decimos que el objeto del fideicomiso puede ser un patrimonio o una cuota patrimonial, entonces estamos aludiendo -en materia de fideicomiso testamentario- al fideicomiso a título universal. Quiere decir que el fiduciario sería un sucesor a título universal del fideicomitente. En ese caso estamos diciendo que el fiduciario va a suceder en el activo y en el pasivo, o en una cuota del activo y del pasivo del fideicomitente, y si decimos que lo sucede en el activo y en el pasivo, no podemos establecer a continuación, en el artículo 5º, que estos bienes fideicomitidos no responden por el pasivo, porque entramos en una contradicción conceptual, a mi juicio insalvable.

Podemos sí optar -por eso las opciones uno y dos- y decir que el fideicomiso va a tener siempre eficacia obligacional y sólo va a recaer sobre bienes, grupos de bienes o sobre el residuo activo de una cuota del patrimonio. Con esto estamos diciendo que no va a generar sucesión en el pasivo y entonces sí, en caso de fideicomiso testamentario, vamos a instrumentar de qué manera ponemos a salvo estos bienes de los acreedores hereditarios. Sin embargo, si incorporamos como objeto posible del fideicomiso testamentario el patrimonio o cuota patrimonial -esto es, el activo y el pasivo- hay una inconsecuencia al decir que esos bienes no responden. De esta forma, en el artículo 4º, que refiere al objeto, se está diciendo que se transfiere el patrimonio o cuota del patrimonio, mientras en el 5º se establece que se transfiere el patrimonio -esto es activo y pasivo- pero que no se responde por el pasivo.

En definitiva, esto tiene que ser organizado porque así no funciona.

En una primera opción que aquí se plantea se dice que en todos los casos tiene eficacia obligacional -tal como estaba propuesto- pero, de la mano con esto, el objeto sólo puede recaer sobre bienes o conjunto de bienes, nunca sobre patrimonio o cuotaparte patrimonial, porque estamos excluyendo las relaciones jurídicas pasivas. Esto, a su vez, repercute en el artículo 5º, en lo que refiere a la responsabilidad y al derecho persecutorio que tienen los acreedores hereditarios en caso de fideicomiso testamentario.

Si los señores Senadores así lo desean, luego de esta pequeña introducción podemos leer los textos sustitutivos, artículo por artículo.

SEÑOR ASTORI.- Teniendo en cuenta cuales son los verdaderos objetivos de un instrumento de este tipo, en principio me convence más la segunda opción, que refiere a que el efecto obligacional sea un principio general y de eficacia real cuando recaiga sobre cosa cierta.

En todo caso, se trata de un comentario anticipado y me parece mejor -tal como señalaba la doctora Carozzi- analizar los artículos y, a la luz del contexto que acaba de exponer, tomar una decisión. No obstante, reitero que la segunda opción me convence más porque considero que es más abarcativa.

SEÑORA CAROZZI.- Entonces, comenzaremos con la consideración del artículo 1º.

En la sesión del 22 de mayo se había hecho una crítica en cuanto a que la redacción anterior daba a entender que este negocio jurídico tenía eficacia real, cuando a continuación, en el artículo 2º, se hablaba de eficacia obligacional en todos los casos. Por ese motivo se propone esta sustitución: "El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual, cumpliendo con los requisitos legales, se constituye la propiedad fiduciaria." La expresión "cumpliendo con los requisitos legales" abarca, entre otras cosas, que sea seguido del modo. ¿Por qué se constituye y no se transfiere? Transferir daría la sensación de que esa propiedad, en esa calidad de fiduciaria, ya existía, y no es así; la propiedad no existía como fiduciaria, y acá se está constituyendo esa calidad. Por tal motivo considero que es mejor la expresión que utiliza el Derecho chileno, que habla de que se constituye, como forma de aclarar que ingresa en una situación jurídica nueva.

El segundo inciso de este artículo 1º es más o menos igual y dice: "Se denomina propiedad fiduciaria a aquellos bienes y derechos que son trasmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre, explote o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición, al fideicomitente o la trasmita al beneficiario."

De acuerdo con lo que habíamos hablado, se suprime la expresión "si correspondiere", porque unida a la inexistencia de un plazo máximo, era posible interpretar que la ley permitía el fideicomiso perpetuo, o sea el generador de bienes de manos muertas. Por tal motivo se suprime "si correspondiere" y se agrega: "y la restituya al cumplimiento del plazo o condición".

El último inciso queda tal como está y señala: "Podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios."

SEÑOR ASTORI.- Tengo anotado que habíamos discutido la conveniencia de un plazo máximo. ¿No sería apropiado establecerlo?

SEÑORA CAROZZI.- Creo que en caso de fijarlo sería más apropiado hacerlo en los artículos que regulan la extinción. Personalmente entiendo que es necesario poner un plazo máximo. Concretamente, en el artículo 27, que habla de las causas de extinción y del vencimiento del plazo, podría incorporarse la referencia al plazo máximo.

Por otro lado, el artículo 2º refiere a la constitución del fideicomiso. Como la constitución por acto entre vivos y la constitución por testamento ofrece diversas situaciones, considero que no sería conveniente tratarlas conjuntamente sino por separado, ya sea en distintos numerales o como artículos independientes. En ese sentido, el artículo 2.1 diría: "Fideicomiso por acto entre vivos. El fideicomiso por acto entre vivos deberá otorgarse por escrito so pena de nulidad, cualquiera sea el objeto sobre el que recaiga, requiriéndose la escritura pública en los casos en que dicha solemnidad es exigida por la ley para el contrato de compraventa, así como para la cesión de derechos hereditarios. La publicidad y la oponibilidad a terceros se regirá por lo dispuesto en la Ley de Registros Públicos.

El fideicomiso por acto entre vivos es título hábil para producir la transferencia de la propiedad o de la titularidad de los derechos reales o personales que constituyen su objeto".

Si bien hay alguna variación en la redacción, en lo conceptual se mantiene lo anterior en todos sus aspectos.

SEÑOR HERRERA.- Luego de "requiriéndose la escritura pública en los casos en que dicha solemnidad es exigida por la ley", se dice -y pregunto por qué- "para el contrato de compraventa, así como para la cesión de derechos hereditarios".

SEÑORA CAROZZI.- Eso ya figuraba en la redacción anterior.

SEÑOR HERRERA.- Efectivamente, pero creo que sería mejor decir solamente "en los casos en que dicha solemnidad es exigida por la ley", sin luego aclarar cuáles son.

SEÑORA CAROZZI.- Sí, es exigida por la ley, pero no en todos los casos.

SEÑOR HERRERA.- Estamos de acuerdo, pero refiere a todos los casos en que la ley lo exija, actuales o en el futuro, por lo que no le veo mucho sentido precisar "para el contrato de compraventa, así como para la cesión de derechos hereditarios".

SEÑORA CAROZZI.- Eso se habrá puesto así -estoy suponiendo, porque esta redacción no es mía- para que no aparezca como una remisión abierta a la ley en general, sino para decir que es para otros contratos que también son títulos hábiles para transferir el dominio. Pienso que esa debe ser la idea que hay detrás de esto. Si es exigida por la ley, ¿en qué casos? En otros contratos que también son títulos hábiles para transferir el dominio. El ejemplo más típico de esto es la compraventa. Creo que esa debió ser la idea de quien redactó el texto.

Si esta es una ley, ¿para qué tenemos que hacer remisión a otra ley? Eso es lo primero que se me ocurrió; es decir, poner directamente "requiriéndose la escritura pública para inmuebles, establecimientos comerciales o derechos hereditarios". Entonces, ya no hago una remisión a lo que dice la ley. En definitiva, lo más razonable sería hacerlo en forma directa.

SEÑOR HERRERA.- Es posible que en el futuro esta solemnidad abarque otro tipo de contratos; por eso me parecía mejor no mencionarlos y decir "para los casos en que dicha solemnidad es exigida por la ley", lo que incluiría estos casos actualmente, pero en el futuro podría incluir otros que nosotros no sabemos.

SEÑORA CAROZZI.- Estoy de acuerdo con eso, pero se establece por la ley para contratos que sean de la misma naturaleza que éste. Por ejemplo -quizás sea absurdo el ejemplo pero sirve como elemento de trabajo- si la ley en el día de mañana dice que los arrendamientos de inmuebles deben celebrarse en escritura pública, ¿eso incidiría en esto? No, para nada, porque es otro tipo de contrato. La referencia al contrato de compraventa podría suprimirse, sí, pero entonces habría que poner que esto es exigido por la ley para contratos que son títulos hábiles para transferir el dominio, porque de eso se trata el fideicomiso por acto entre vivos: de un título hábil para transferir el dominio. Me parece que de lo contrario va a quedar una remisión muy abierta por la ley.

SEÑOR HERRERA.- En el caso del alquiler nunca sería objeto de fideicomiso; estamos hablando de objeto de fideicomiso. Ahora bien, lo que no sabemos es si en el futuro no habrá otros casos en que la ley requiera la escritura pública dentro de los contratos que pueden ser objeto de fideicomiso.

SEÑORA CAROZZI.- Estamos hablando de bienes que pueden ser objeto de fideicomiso. ¿El señor Senador entiende que con esta redacción, si el día de mañana se ampliaran los bienes que requieren solemnidad, no quedarían comprendidos?

SEÑOR HERRERA.- Me ofreció dudas el hecho de que se especificara para el contrato de compraventa, así como para cesión de derechos hereditarios, porque si es por eso podríamos no poner "la solemnidad exigida por la ley", y no "para el contrato de compraventa, así como para la cesión de derechos hereditarios". De todos modos, creo que no debemos detenernos en esto más de lo que el párrafo merece.

SEÑOR ASTORI.- El tema es que no todos los contratos de compraventa ni los casos de cesión de derechos hereditarios parecen requerir la escritura pública. De acuerdo con esta redacción, solamente en algunos casos de contrato de compraventa y de cesión de derechos hereditarios se requiere escritura pública.

SEÑORA CAROZZI.- No todos los casos de compraventa requieren escritura pública, pero sí todas las cesiones de derechos hereditarios. La cesión de derechos hereditarios, sea lo que sea que contenga esa herencia, tiene que otorgarse siempre en

escritura pública, aun cuando la herencia contenga sólo bienes muebles.

SEÑOR ASTORI.- En ese caso, y en términos muy en borrador, me inclinaría por dejar solamente "los casos en que dicha solemnidad es exigida por la ley".

SEÑORA CAROZZI.- En el artículo 2º, punto 2.2 "Fideicomiso testamentario", se dice: "El fideicomiso testamentario podrá constituirse por testamento abierto o cerrado. En el certificado sucesorio se hará constar la constitución de la propiedad fiduciaria, debiendo inscribirse en los casos que así lo disponga la ley de Registros Públicos". Aquí de alguna manera se cambia la redacción, pero no se altera en nada lo conceptual.

Ahora pasamos al inciso segundo, donde se abren las opciones, dentro de las cuales, a su vez, encontramos dos posibilidades. La sub opción 1ª dice: "El fideicomiso testamentario confiere al fiduciario derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyen su objeto, desde la muerte del testador fideicomitente". Es decir, eficacia obligacional en todos los casos, que era lo que se proponía en el proyecto.

La sub opción 2ª aplica a este caso la misma regulación que ya existe en el Código Civil respecto del legatario, que es el sucesor a título singular por causa de testamento. Esta sub opción establece: "El fideicomiso testamentario confiere al fiduciario derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto, excepto en caso de recaer sobre una especie cierta. En tal caso, el fiduciario adquiere la propiedad de la misma desde la muerte del causante, conforme a los arts. 937 y 938 del Código Civil". Quiere decir que el fideicomiso testamentario que dijera que se constituye en propiedad fiduciaria U$S 500.000, va a tener eficacia obligacional, conforme a esta situación; pero si dijera que se constituye la propiedad fiduciaria sobre el padrón rural número tal de tal superficie, etcétera, etcétera, tendría eficacia real, porque al ser un sucesor a título singular por testamento, estamos aplicando exactamente las mismas disposiciones que rigen con respecto a los legatarios, que distingue el legado de especie cierta de todos los restantes legados.

Por otro lado, la opción 2ª abre el abanico en lo que refiere al objeto. Entonces, tenemos la sub opción 1ª que dice: "El fideicomiso testamentario confiere al fiduciario el derecho de reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyen su objeto, desde la muerte del testador fideicomitente siempre que se verifique una sucesión a título singular. El fiduciario heredero sucede conforme a los principios generales". Es decir que es todo tal como lo habíamos leído. La sub opción 2ª establece: "El fideicomiso testamentario confiere al fiduciario derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto, excepto en caso de recaer sobre una especie cierta. En tal caso, el fiduciario adquiere la propiedad de la misma desde la muerte del causante, conforme a los arts. 937 y 938 del Código Civil. El fiduciario heredero sucede conforme a los principios generales". Quiere decir que aquí estamos previendo la posibilidad que se vincula al objeto, como decíamos hoy, de que por medio del fideicomiso testamentario se transfiere a un patrimonio el patrimonio hereditario en su integridad o una cuota parte del mismo. Si es así, ese fideicomiso testamentario estaría generando una sucesión a título universal y, por lo tanto, el fiduciario sería un sucesor universal. Entonces, lo razonable es que este fiduciario heredero, o sucesor universal, adquiera conforme a los principios generales y no por una eficacia obligacional, sino que una vez producida la muerte y la aceptación obviamente del fiduciario, sucede en forma directa e inmediata en la propiedad y posesión de los bienes hereditarios.

SEÑOR ASTORI.- Eso no se da en la primera opción.

SEÑORA CAROZZI.- Exactamente, lo que lo vincula con el artículo 3º es lo relativo a la responsabilidad. Por todo esto es que afirmo que efectos, objeto y responsabilidad tienen que ir de la mano, porque son tres aspectos del mismo fenómeno y de cómo se vaya a regular.

Entonces, con respecto al artículo 3º, reiteramos que la opción 1ª es aquella que dice que el fideicomiso sólo produce eficacia obligacional y sólo va a recaer sobre bienes, ya sea bienes concretos, conjunto de bienes, etcétera. También expresa que: "El fideicomiso puede ser constituido sobre bienes o derechos de cualquier naturaleza, presentes o futuros, incluyéndose las universalidades de bienes."

SEÑOR PRESIDENTE.- La opción 1ª es muy parecida a lo que teníamos en el proyecto.

SEÑORA CAROZZI.- Efectivamente, pero se suprime patrimonios o cuotas patrimoniales.

SEÑOR ASTORI.- Creo que aquí el problema es que la doctora Carozzi detectó incoherencias en el proyecto desde los tres puntos de vista señalados. Entonces, ahora el intento es salvar esas incoherencias y que, sin importar la opción que se tome, se pueda lograr una propuesta que cierre desde los tres puntos de vista señalados al principio. Si bien tenemos la posibilidad de optar por una u otra, una vez hecha la opción, creo que hay que mantener cierta coherencia.

SEÑORA CAROZZI.- Entonces, la opción 2ª, en su inciso primero, dice: "El fideicomiso por acto entre vivos puede ser constituido sobre bienes o derechos de cualquier naturaleza presentes o futuros, incluyéndose las universalidades de bienes." Aquí no se incorpora lo del patrimonio o cuota del patrimonio porque si el fideicomitente es una persona física, por acto entre vivos jamás va a poder desprenderse de su patrimonio, porque toda persona física tiene necesariamente un patrimonio y, por otro lado, jamás va a poder desprenderse de lo que es una cuota patrimonial, conforme a la concepción tradicional actual de nuestro Derecho Civil.

El inciso segundo establece: "El fideicomiso testamentario podrá recaer sobre toda la herencia o una cuota parte de la misma, o sobre bienes, derechos, universalidades de bienes y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio." Quiere decir que aquí sí, en el fideicomiso testamentario se abren las dos vías: puedo optar por un fideicomiso testamentario sobre bienes concretos que genere una sucesión a título singular, sólo en esas relaciones jurídicas activas, u optar por constituir ese fideicomiso sobre toda la sucesión, sobre todo el patrimonio sucesorio o sobre cuota parte del mismo. En este caso, ese fiduciario va a ser un sucesor universal, es decir, un fiduciario heredero. En lo que refiere a los efectos, ya vimos cuáles eran y aclaramos qué va a adquirir como heredero. En lo relativo a la responsabilidad, también va a tener repercusión.

El artículo 4º, "Propiedad Fiduciaria", establece: "Se denomina propiedad fiduciaria al conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, trasmitidos al fiduciario en cumplimiento del fideicomiso.

Los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario." Luego aparece un agregado que había propuesto en la sesión del 22 de mayo por el que se indica: "Si el fiduciario fuera una persona casada bajo el régimen matrimonial legal, los bienes y derechos fideicomitidos, no ingresarán a la masa de gananciales, rigiéndose a todos los efectos por las normas que regulan los bienes propios. La retribución que el fiduciario casado perciba por su actividad se rige por los principios generales".

SEÑOR PRESIDENTE.- En realidad, eso era obvio.

SEÑORA CAROZZI.- Así es, pero era necesario que quedara claro para que no constituyera una fuente de conflicto.

SEÑOR ASTORI.- Quisiera saber qué significa la referencia que se hace a la nota 6 en el título.

SEÑORA CAROZZI.- Eso fue un error; en realidad no existe tal nota.

En el artículo 5º, "Derecho de persecución de los acreedores", el tema es la responsabilidad que puede tener el fiduciario en caso de fideicomiso por testamento. Esto es lo que está en cuestión; todo lo demás sería una mera reiteración.

Este artículo expresa lo siguiente: "Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario.

Los acreedores del beneficiario no podrán perseguir los bienes fideicomitidos mientras éstos se encuentran en el patrimonio del fiduciario, pero podrán perseguir para la satisfacción de sus créditos los frutos que dichos bienes generen, pudiendo asimismo subrogarse en los derechos de aquél".

Todo esto reitera lo que ya estaba. Luego, continúa diciendo: "Habiéndose constituido el fideicomiso por acto entre vivos, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir los bienes fideicomitidos, pudiendo ejercer tan solo las acciones por fraude previstas por la ley".

SEÑOR ASTORI.- Estamos hablando de la acción pauliana.

SEÑORA CAROZZI.- Exactamente, se trata de la acción pauliana o simulatoria en su caso.

A continuación, agrego en el artículo: "A los efectos del ejercicio de la acción pauliana, a los acreedores les bastará con acreditar el fraude del fideicomitente".

En la acción pauliana, la ley distingue según el acto sea oneroso o gratuito. O sea, si una persona que tiene importantes deudas, por ejemplo, vende un inmueble y el tercero que lo adquiere lo hace de buena fe y paga el precio, en este caso no hay simulación porque el negocio fue querido y real. Además, quien lo compra no sabía de esta situación de insolvencia del vendedor, por lo que este tercero no va a poder ser alcanzado porque actúa de buena fe y pagó un precio, es decir, el negocio fue oneroso. Si en otra situación, esta persona, muy gravada por deudas, dona un bien y con esta donación aumenta su insolvencia anterior, en ese caso el tercero, el donatario, va a poder ser alcanzado, aunque actuase de buena fe. Esto es así porque el Legislador, en el conflicto entre esta persona donataria, que fue beneficiada, y el acreedor que está perjudicado por esa insolvencia fraudulenta, que ya existía, o bien se aumenta o comienza a existir como consecuencia de la donación, va a considerar que si hay que sacrificar un derecho, se sacrificará el del donatario. Entonces, la acción pauliana corre igual.

En el caso del fideicomiso, se trata de un negocio diferente, pero si nos colocamos desde el ángulo del fideicomitente, de quien se desprende de los bienes, es un negocio gratuito, porque él no va a recibir un beneficio mientras se verifique todo el plazo, etcétera.

SEÑOR ASTORI.- No es oneroso.

SEÑORA CAROZZI.- Exacto, no se desprende de los bienes por la contraprestación que la otra parte le va a dar, sino para cumplir una finalidad que él juzga que es positiva. Entonces, cuando se encare la pauliana, acá hay un acreedor que siente que ha sufrido su posibilidad real de cobro como consecuencia de este negocio de fideicomiso, y hay un tercero que adquirió. Este fiduciario ignoraba la situación y el beneficiario, que está siendo beneficiado por este fideicomiso, también la ignoraba. Pero este beneficiario puede ser más llevado hacia lo que es el donatario que a la situación de compraventa. Por lo tanto, su buena fe va a ser irrelevante. De todas maneras, en el conflicto tenemos que optar -como lo hace el artículo 1296 del Código Civil- y decir que esto, respecto del beneficiario, es un acto gratuito. Esa buena fe no va a salvar a este tercero, como sí lo haría si fuese un contrato oneroso.

SEÑOR HERRERA.- No recuerdo el texto de la ley sobre la acción pauliana, pero quisiera saber si está a texto expreso la división de que ahí no hay que probar nada, sino que el Legislador, directamente, ampara al que gastó dinero y no al que recibe algo gratuitamente.

SEÑORA CAROZZI.- Exactamente.

SEÑOR HERRERA.- Es decir que, en el caso de ser oneroso, sólo basta con acreditar el fraude del fideicomitente, porque si fuera gratuito no habría necesidad de probar eso.

SEÑORA CAROZZI.- No; si es gratuito es necesario probar el fraude del fideicomitente; ahora, si fuera oneroso hay que probar el fraude del fideicomitente y del tercero, adquirente de los bienes o beneficiario. Pero el fraude pauliano siempre hay que probarlo. ¿En qué consiste? En el conocimiento del fideicomitente de que ya era insolvente antes o bien que genera la insolvencia por medio del desprendimiento de esos bienes. Ese es el fraude que sí hay que probar. Por eso incorporé acá: "A los efectos del ejercicio de la acción pauliana, a los acreedores les bastará con acreditar el fraude del fideicomitente".

Ahora, pasaríamos a la situación del fideicomiso testamentario donde se abren las opciones, nuevamente, vinculados al efecto y al objeto.

La opción 1ª prevé, como ya habíamos visto, el efecto básicamente obligacional y que el objeto nunca puede ser ni el patrimonio hereditario ni una cuota hereditaria, sino un bien. Entonces dice: "En caso de fideicomiso testamentario regirán respecto de los acreedores hereditarios los principios generales previstos por los artículos 1175 y 1178 de Código Civil. El fiduciario responderá por las deudas hereditarias del fideicomitente en forma subsidiaria y limitada con los bienes fideicomitidos o aquellos que se subroguen a éstos, sólo en los casos en los que surge la responsabilidad del legatario. No obstante ello, si los herederos comunicaran personalmente por vía judicial a los acreedores hereditarios su intención de cumplir el fideicomiso testamentario, y éstos no se opusieran al cumplimiento dentro de los diez días inmediatos siguientes, hasta tanto no se le pague o garantice su crédito, perderán su acción contra los bienes fideicomitidos".

Entonces, en esta opción yo combino, por un lado, lo que es la responsabilidad del legatario. Si el fiduciario es un sucesor a título particular, que responda como tal, o sea, como responde el legatario. Sólo me remito a eso para darle coherencia a la norma.

La parte del texto donde dice "no obstante ello", es consecuencia de la propuesta introducida por el señor Senador Brause. Creo que había sido él quien había hablado de otorgar un plazo y de la consecuencia negativa para el acreedor hereditario por no ejercer una oposición dentro de ese plazo; es por eso que se incorpora esta intimación a los efectos de que el acreedor hereditario se manifieste.

SEÑOR PRESIDENTE.- Es una decisión tácita, es decir, si no hay respuesta se la da por válida. Puede haber acreedores hereditarios a quienes les convenga el fideicomiso incluso como forma de cobrar, o en acuerdo con los herederos naturales, como forma de cobrar. Eso podría llevar a una especie de acuerdo o de contrato.

SEÑORA CAROZZI.- Acá se habla de que se le notifica y en esos diez días inmediatos siguientes, el acreedor puede oponerse; si se opone, naturalmente va a surgir la negociación.

En la opción 2ª, la primera parte es idéntica a la anterior, o sea que no vale la pena leerla, y la segunda parte dice: "Si el fideicomiso testamentario diera origen a una sucesión a título universal, el fiduciario responderá con el patrimonio fideicomitido. En todos los casos tendrá la carga de realizar un inventario solemne y completo del patrimonio o cuota patrimonial fideicomitido, citando a los acreedores hereditarios".

Esto es lo que no estaba previsto y entiendo que debe preverse. Se trata de que el fideicomiso recaiga sobre la cuota o el patrimonio hereditario existiendo así una sucesión a título universal y que, por otro lado, digamos que ese fiduciario o sucesor a título universal no responde. Tiene que responder, ¿pero con qué? Exclusivamente con el patrimonio fideicomitido.

SEÑOR ASTORI.- Es decir, no con el de él.

SEÑORA CAROZZI.- Exacto, señor Senador.

SEÑOR ASTORI.- Eso es correcto, pues en caso contrario condenaríamos al instrumento al fracaso antes de nacer, al igual que cuando aplicamos el IVA al leasing .

SEÑORA CAROZZI.- El artículo 6º quedaría sin cambios.

En el caso del artículo 7º, "Prohibiciones", hay varias cosas, una de las cuales directamente la suprimo de este artículo y le doy una redacción autónoma, cuyo porqué explico en la nota al pie.

El artículo 7º anterior, decía: "Quedan prohibidos, siendo nulos absolutamente:" Luego, se indicaba: "b) Los fideicomisos realizados con la finalidad de perjudicar o menoscabar la legítima correspondiente a herederos forzosos". Esta redacción implica un doble apartamiento de lo que es nuestra legislación vigente. Por un lado se habla de la finalidad de perjudicar, y la finalidad no importa. El fideicomitente puede haber actuado con la mejor buena fe, sin intención de perjudicar, pero objetivamente perjudicar a los herederos forzosos. Ese perjuicio es lo que la ley cautela, pero no la finalidad -que es irrelevante- ni la intención.

En segundo lugar, el Código Civil no organiza la protección al heredero forzoso recurriendo al instrumento de la nulidad absoluta. ¿Por qué? Porque el heredero forzoso tiene derecho a proteger lo que la ley le concede, pero puede ejercerlo o no; si quiere, puede repudiar y, entonces, mucho más podrá admitir un cierto testamento aunque éste le cause daño a su legítima. Se trata de una evaluación personal en donde no está involucrado el orden público. Por ese motivo el Legislador no incorpora la nulidad absoluta, que queda reservada para temas de orden público.

¿Cuál es la acción que prevé nuestro Código Civil para defender los derechos de los asignatarios forzosos? La acción de reforma del testamento, que el heredero puede ejercer o no; si no lo hace, está admitiendo que el testamento vulnere su legítima, lo que es su derecho, su opción personal.

SEÑOR ASTORI.- Puede optar por eso.

SEÑORA CAROZZI.- Exacto, señor Senador, puede optar por eso, de pronto porque quiere respetar la voluntad del testador, aun cuando le conste que eso lesiona su legítima. En ese caso no ejerce la opción de reforma. Pero también puede decir: "Quiero defender el derecho que el Legislador me da como heredero forzoso". Entonces, ejerce la opción de reforma. Pero reitero que nunca hay una nulidad absoluta.

Por ende, se propone suprimir el literal b) y, en su lugar, incluir otro artículo -que habría que ver si cambia la numeración general; yo lo pongo como artículo 8º, pero lo verán los señores Senadores- que diga: "Los fideicomisos no afectarán el carácter intangible de la legítima (Art. 894 del Código Civil), ni perjudicarán el derecho de los restantes asignatarios forzosos". Acá se hablaba sólo del legitimario, que es uno, pero los asignatarios forzosos son un género que comprende diversos tipos; también está el porcionero y el beneficiario del derecho real de habitación y de uso.

El artículo continuaría así: "Si el fideicomiso testamentario vulnerara el derecho de los legitimarios, del porcionero, o del beneficiario de los derechos reales de habitación y de uso, el asignatario forzoso cuyo derecho fuera lesionado podrá ejercer la acción de reforma de testamento conforme a los artículos 1006 y siguientes del Código Civil.

El fideicomiso por acto entre vivos queda sometido a las normas que rigen las donaciones (artículos 889, 1626, 1639 y siguientes del Código Civil).

El heredero forzoso que fuera beneficiario de un fideicomiso por acto entre vivos deberá colacionar el valor de los bienes que le hayan sido trasmitidos por fideicomiso, excepto en caso de haber sido dispensado de colación (artículo 1100 y siguientes del Código Civil). Respecto de los frutos rige el artículo 1111 del Código Civil".

Quiere decir, por un lado, que el fideicomiso tiene que respetar, en todos los casos, a los asignatarios forzosos. ¿Mediante qué instrumentos vamos a hacerlo respetar? Con los que ya prevé el Código, y no agregando otros diferentes como sería el de la nulidad absoluta. Si el fideicomiso surge del testamento, la vía a seguir es la acción de reforma del testamento en caso de que vulnere a algún asignatario forzoso.

SEÑOR ASTORI.- Ahora bien; si un legitimario no ejerce la acción de reforma del testamento, tácitamente estará admitiendo que queda firme la vulneración de sus derechos legítimos. ¿Es así?

SEÑORA CAROZZI.- Eso es exacto.

Por otra parte, en caso de que hubiera habido un fideicomiso por acto entre vivos, volvemos a lo que mencionábamos hoy respecto del patrimonio del fideicomitente: tiene que ser reputado a una donación. ¿Por qué? Porque excepto que los bienes vuelvan a ese mismo patrimonio, en todos los demás casos los bienes fideicomitidos van a terminar en el patrimonio del beneficiario, lo que implica una disminución del patrimonio del fideicomitente. Se trata de un acto gratuito por el cual su patrimonio disminuye.

¿Qué normas debemos aplicar? Las denominadas normas materiales, que regulan la donación. Llegado el momento de la sucesión, se agregarán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones directas o indirectas, típicas o atípicas, que el causante hizo en vida. Así, vamos a reconstruir por medio del acervo imaginario lo que este causante tendría en su patrimonio de no haber donado ni realizado liberalidades atípicas. Entonces, si el fideicomiso por acto entre vivos redujo ese patrimonio sin contrapartida para el fideicomitente, vamos a tener que agregar esas disminuciones sufridas en el patrimonio como consecuencia del fideicomiso para formar un acervo imaginario. Sobre dicho imaginario es que calculamos la porción legitimaria, conyugal y otras, según el caso.

Si mediante el fideicomiso por acto entre vivos se hubiera beneficiado a un heredero forzoso, para ser también aquí consecuentes con el Código Civil, vamos a aplicar el instituto de la colación. Ese heredero forzoso recibió un beneficio y lo puede conservar, pero va a tener que deducirlo o imputarlo a lo que tiene derecho a recibir. Es decir que se toma como un mero adelanto a la legítima, excepto que la voluntad del fideicomitente hubiera sido distinta. En ese caso, lo dispensa de efectuar esa colación, esa imputación.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quisiera expresar que ese artículo 8º lo vamos a numerar como 7/1, para facilitar el trabajo de Secretaría, e irá a continuación del artículo 7º.

Dado que la doctora Carozzi finalizó su exposición, consulto a los señores Senadores si tienen alguna pregunta más que realizar.

SEÑOR ASTORI.- La doctora Carozzi elaboró un detallado informe, que incluye notas de pie de página, etcétera, pero interesa destacar, sobre todo, que contiene todas las precisiones previas para tornar coherente los temas de efecto, objeto y responsabilidad, con distintas opciones para que la Comisión pueda tomar una decisión desde ese punto de vista. Quiero destacar especialmente toda esta suerte de exposición de motivos que se realiza para las propuestas que luego se desarrollan.

SEÑOR PRESIDENTE.- Es así, señor Senador.

La Comisión va a trabajar sobre el tema y cuando se elabore un borrador, seguramente le vamos a solicitar a la doctora Carozzi que comparezca nuevamente ante la Comisión porque, sin duda, más allá de las opciones que se tomen, lo importante es que el proyecto de ley tenga un articulado coherente.

SEÑORA CAROZZI.- En realidad, pensé que hoy íbamos a continuar con el tratamiento del articulado -esto fue, simplemente, una revisión de lo que se abordó en la sesión pasada- por lo que tengo en mi poder las redacciones propuestas para los artículos que siguen al 8º, lo que entrego a la Comisión.

SEÑOR PRESIDENTE.- Vamos a hacer llegar esta información por correo electrónico y, posiblemente, para tratar estos artículos volvamos a requerir la colaboración de la doctora Carozzi.

SEÑOR ASTORI.- Simplemente quisiera saber, exactamente, qué artículos cubre este complemento.

SEÑORA CAROZZI.- El complemento va desde el artículo 13 hasta al final, es decir, hasta el artículo 28; desde luego, en lo que tiene que ver con este tema.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión agradece la presencia de la doctora Carozzi.

(Se retira de sala la doctora Carozzi)